

Revista de Derecho Privado
ISSN: 0123-4366
revderprivado@uexternado.edu.co
Universidad Externado de Colombia
Colombia

Zimmermann, Reinhard
Derecho Romano y Cultura Europea
Revista de Derecho Privado, núm. 18, enero-junio, 2010, pp. 5-34
Universidad Externado de Colombia
Bogotá, Colombia

Derecho Romano y Cultura Europea*

Reinhard Zimmermann**

Sumario: I. *Cultura europea*. II. *Derecho y cultura*. III. *Derecho romano en las codificaciones modernas*. IV. *¿Qué tan romano es el derecho romano actual?* V. *Características influyentes del derecho romano antiguo*. VI. *La jurisprudencia romana y su transmisión*. VII. *Transformaciones en la percepción del Derecho romano*. VIII. *Derecho romano y* ius commune. IX. *Derecho romano y tradición jurídica europea*. X. *¿Cuán europea es la tradición jurídica europea?*

Resumen
La tradición jurídica europea toma su rasgo distintivo del *ius commune*, que a su vez hunde sus raíces fundamentalmente en el derecho romano. Este escrito se propone establecer

* Hamburgo. Esta es una versión ligeramente más amplia del artículo publicado en el Juristenzeitung 1 (2007). Este escrito fue también destinado al libro en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito, en curso de publicación en Chile. Agradezco inmensamente a Catalina Salgado Ramírez, de la Universidad Externado de Colombia, su traducción al castellano.

** Profesor de Derecho romano, Historia jurídica comparada y Derecho privado. Miembro Académico y Director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado en Hamburgo (2002) y Presidente de la Sección de Ciencias Sociales, Culturales y Humanas de la Sociedad Max Planck (2006), ha ejercido como profesor en las más prestigiosas universidades norteamericanas e inglesas. Junto a sus ocho doctorados honoris causa ha de mencionarse la concesión en 1996 del premio Leibniz del Consejo de Investigación Alemán, el mayor galardón a la investigación en Alemania. Editor o coeditor de numerosas publicaciones colectivas y autor de centenares de publicaciones, entre sus obras mejor conocidas se encuentran: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990); *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (2001, basadas en sus Clarendon Lectures); *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (2002, basada en su trabajo en la *Commission on European Contract Law*) y *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (2005). Correo electrónico: r.zimmermann@mpipriv.de
Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2010.

los contornos de dicha relación y analizar dentro de tal contexto, las características más influyentes del derecho romano antiguo; describe también las transformaciones de la percepción del derecho romano y por último se cuestiona: ¿Qué tan romano es el derecho romano actual? ¿Qué tan europea la "tradición" jurídica europea?

Palabras clave: Tradición jurídica romana, tradición jurídica europea, derecho romano, derecho romano actual.

I. CULTURA EUROPEA

Los conceptos que se entrelazan en el tema del presente artículo, "Derecho Romano y Cultura Europea", así como las relaciones implícitas que se dan por sentadas, son discutibles, problemáticas y, en cualquier caso, requieren una explicación. Con "cultura", noción evidentemente multifacética, recurrente sobre todo en la antropología y en la sociología, se pretende abarcar la particularidad de una sociedad determinada. En este contexto tiene por lo general una función delimitadora, aunque no es extraño encontrarla con connotaciones de exclusión o defensa, como cuando en los siglos XVIII y XIX se hacía el llamado a la preservación de la cultura alemana frente a los ideales universalistas franceses provenientes de la otra parte del Rin[1]. En realidad, cualquier intento de determinación del concepto resulta prácticamente imposible. Es así como pueden hallarse más de 150 definiciones de cultura en el periodo transcurrido entre 1920 y 1950[2].

Por su parte "Europa" tampoco es un concepto determinable de modo unívoco, toda vez que se usa la expresión, como es usual desde Heródoto[3], en un sentido más político o cultural que exclusivamente geográfico. Especialmente, el confín oriental, fue desde siempre tan abierto y estuvo sujeto a tantas transformaciones que se lo ha parangonado con una costa sometida al capricho de las mareas (*tidal Europe*)[4]. Sin lugar a dudas Suiza y Noruega pertenecen a "Europa", aunque en la

1 H. Patrick GLENN, "*Legal Cultures and Legal Traditions*", en: Mark van HOEKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, p. 7 y ss.

2 Cfr. Adam KUPER, Culture: *The Anthropologists' Account*, 1999, p. 56 ss. (quien refiere a A.L. KROEBER, Clyde KLUCKHOHN, Culture: *A Critical Review of Concepts and Definitions*, 1952). Recientemente, por ejemplo, Udo DI FABIO, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, p. 1 ss., 18 ss.

3 «Lo que no tiene duda es que al Asia y a las naciones bárbaras que la pueblan, las miran los persas como cosa propia suya, reputando a toda la Europa, y con mucha particularidad a la Grecia, como una región separada de su dominio.» Heródoto de Alicarnaso. Los nueve libros de Historia. I, 4 al final. (Traducción de P. Bartolomé POU, S. J. [1727-1802]. Versión para eBooksBrasil, contenido disponible bajo los términos de GNU Free Documentation: www.gnu.org/copyleft/fdl.html, 2006.

4 Cfr. Norman DAVIES, *Europe: A History*, 1996, p. 7 ss. También Peter HÄBERLE, "*Europäische Rechtskultur*", en: *idem*, Europäische Rechtskultur, 1997, p. 13 ss., entiende Europa como "concepto abierto"; del mismo modo Ulrich BECK, Edgar GRANDE, Das *kosmopolitische Europa*, 2004, p. 19. Acerca de la pregunta sobre dónde quedan las fronteras de Europa véase Adolf MUSCHG, Was ist europäisch? *Reden für einen gastlichen Erdteil*, 2005, p. 67 ss.

actualidad normalmente se asocie a esta última tan sólo con el conjunto de Estados conformados por la Unión. Muchos ingleses la reducen a su parte continental, pese a que el Reino Unido forma parte de la Unión Europea (aún cuando no sea partícipe en la unión monetaria). Se discute desde hace más de 500 años si Rusia es o no un Estado europeo, y en tiempos recientes le ha correspondido el turno a Turquía. Tanto la Federación Rusa como Turquía son miembros del Consejo de Europa (esta última ya desde 1949) al cual pertenecen además otra serie de Estados, entre ellos Georgia y Azerbaiyán.

Es evidente entonces que el significado de la locución compuesta "cultura europea" no resulta ser más fácil de determinar que el de sus dos elementos. El cuño cristiano ha sido considerado en gran medida como característico de la cultura europea[5] y es por ello que antes que hablar de Europa, se habló por mucho tiempo del Occidente Cristiano o de la *res publica Christiana*. Pero los cristianos vivieron siempre entre el ideal de unidad y la realidad de la separación y tuvieron que confrontarse con los miembros de las otras dos religiones monoteístas y por contera en este proceso, desarrollar una conciencia frente a la diferencia y a la pluralidad[6]. Entre ellos mismos reinaron el desacuerdo y los resquebrajamientos: desde las controversias alrededor del arrianismo, pelagianismo y del monofisismo, la división de la iglesia en romano-latina y greco-ortodoxa en el cisma de 1054, hasta la última separación que sucedió a la reforma de Lutero, por mencionar solo algunos de los ejemplos más representativos.

A menudo se aduce como elemento característico de la cultura europea su racionalidad[7], que es legado de la antigüedad clásica griega y romana[8], en la que se presenta una tensión constante entre *ratio* y *fides*; dos términos que, al menos en el medioevo, no se ven como contrapuestos[9]. Incluso la Biblia, con su contraste entre antiguo y nuevo Testamento, así como con la coexistencia de cuatro evangelios, ofrece suficientes puntos de partida para una crítica histórica y para el surgimiento

5 Sobre lo que ello puede significar en la actualidad véase J.H.H. WEILER, *Ein christliches Europa: Erkundungsgänge*, 2004.

6 Ver Michael BORGOLTE, Europa entdeckt seine Vielfalt 1050-1250, 2002, p. 242 ss.; *idem*, "*Wie Europa seine Vielfalt fand*", en: Hans JOAS, Klaus WIEGANDT (eds.), *Die kulturellen Werte Europas*, 2005, p. 144 ss. En esencia es también el tema de MUSCHG, op. cit., (nota 4) p. 37 ss.

7 Al respecto Wolfgang SCHLUCHTER, "*Rationalität – das Spezifikum Europas?*", en: JOAS/WIEGANDT (eds.), op.cit., (nota 6) p. 237 ss.

8 Cfr. Christian MEIER, "*Die griechisch-römische Tradition*", en: JOAS/WIEGANDT (eds.), op. cit., (nota 6) p. 93 ss.

9 Desde una perspectiva actual ver la Encíclica *Fides et Ratio* del Papa Juan Pablo II del 14 de Septiembre de 1998, que empieza con las siguientes palabras: "Fe y razón...son como las alas con las que el espíritu humano alcanza la contemplación de la verdad"; al respecto también el entonces Cardenal Josef RATZINGER, "*Der angezweifelte Wahrheitsanspruch – Die Krise des Christentums am Beginn des dritten Jahrtausends*", en: Joseph RATZINGER, Paolo FLORES D'ARCAIS, Gibt es Gott?, 2006, p. 7 ss. (originariamente en el Frankfurter Allgemeinen Zeitung del 8 de Enero de 2000).

de una teología científica. Además de su dimensión escatológica, la fe cristiana lleva consigo un marcado interés con respecto a lo terreno. De allí resultó la pretensión papal de soberanía universal, que a su vez colisionaba con la del emperador; de allí también el esfuerzo por el dominio intelectual del mundo. Y así "*Intellege ut credas, crede ut intelligas*" (entender para creer, creer para entender) fue el *Leitmotiv* de la filosofía europea en la Edad Media. Se sentó de este modo una de las bases para el reconocimiento y la asimilación práctica de los fundamentos ideológicos y de las conquistas culturales de la antigüedad: la primera recepción sustancial del mundo antiguo, a la cual sucederían muchas otras[10]. La posición de los filósofos griegos y romanos sobre conceptos como la verdad o el bien podía ser tomada como si desde entonces hubiere estado inspirada por el *logos* divino; se trataba por así decirlo, de cristianos *avant la lettre*. Con la revelación de Cristo se realzaba la sabiduría de la antigüedad y se conducía a su destino[11].

En este sentido, puede considerarse como constitutivo de Europa inclusive el "principio dialógico", el encuentro fecundo de diferencias, antagonismos, rivalidades y complementariedades[12]: *fides* y *ratio*, el Emperador y el Papa, el imperio y los territorios individualmente considerados, Roma y Bizancio, la antigüedad greco-romana, la tradición judeo-cristiana, las repetidas irrupciones musulmanas facilitadoras del surgimiento de una conciencia de identidad europea[13], el rol de las revoluciones en la formación así como en la preservación de tal identidad[14]; libertad y vínculo, vida activa y vida contemplativa[15], un único Dios en cuanto Trinidad, Cristo encarnado y como Divinidad, el Cristo que renuncia a este mundo que también acepta: para quien de hecho hay algo más importante que aquél y por ello precisamente puede amarlo más que quien sólo se encuentra aferrado a lo terreno.

10 Sobre el tema antigüedad y cristiandad ha sido publicada una gran cantidad de literatura desde que Franz Josef DÖLGER (1879-1940) adoptara el término. A modo de sumario, cfr. por ejemplo Hans Dieter BETZ, "*Antiquity and Christianity*", *Journal of Biblical Literature* 117 (1998) p. 3 ss. En general, sobre la antigua recepción en Europa ver Walther LUDWIG (ed.), Die Antike in der europäischen Gegenwart, 1993, y en modo más amplio, Manfred LANDFESTER, Hubert CANCIK, Helmuth SCHNEIDER (eds.) *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike*, Vol. 13-15 (Rezeptions-und Wissenschaftsgeschichte), 1999-2003.

11 Esto es evidente en el programa iconográfico de la *Stanza della Segnatura*, la biblioteca privada del Papa Julio II en el Vaticano, pintada por Rafael. Al respecto Marcia HALL (ed.), Raphael's School of Athens, 1997.

12 BORGOLTE, en: JOAS/WIEGANDT op. cit. (nota 6) p. 129 refiriéndose a Edgar MORIN, Europa denken, 1991.

13 Franco CARDINI, *Europa und der Islam: Geschichte eines Mißverständnisses*, 2000, p. 13.

14 Este es el gran tema de Eugen ROSENSTOCK-HUESSY (Die europäischen Revolutionen, 1931; *idem, Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*, 1938) y que retoma Harold J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; *idem, Law and Revolution* II, 2003; ver también Robert I. MOORE, *The First European Revolution*, c. 970-1215, 2000.

15 Al respecto Lucas 10, 38-42 (la historia de las hermanas Martha y María), Kurt FLASCH, "*Wert der Innerlichkeit*" en: JOAS/WIEGANDT (eds.), op. cit. (nota 6) p. 219 ss.

En una perspectiva histórica, Europa y Cultura Europea son concepciones conformadas por una variedad rica de contrastes[16]. Esta tensión entre unidad y multiplicidad explica la dinámica particular y la capacidad de desarrollo de la Cultura Europea[17].

II. DERECHO Y CULTURA

Pero volvamos al título de este escrito, "Derecho Romano y Cultura Europea". A continuación resultará aún más claro que "Derecho Romano" es indudablemente un concepto que requiere explicación y justamente porque no existe "el" derecho romano. El mismo "y" del título, que tal vez hace presuponer la idea del aporte del derecho romano a la cultura europea, genera cuestionamientos, porque da por sentado que se asume el Derecho sobre todo como un fenómeno cultural, como elemento constitutivo o manifestación de una cultura específica[18]. Ello podría ser puesto en entredicho por quien adopte frente al derecho comparado una postura extremadamente funcionalista. Porque –se alega algunas veces– la alteridad del derecho condicionada por la cultura a duras penas podría ser notada, o en todo caso, tendría que ser marginalizada o superada[19] por quien parta de la base de que el sistema legal de toda sociedad se enfrenta a los mismos problemas y de que la cuestión, en últimas, radica en encontrar para ellos la mejor solución funcional[20]. Pero también, quien defienda la tesis de que el desarrollo del derecho consiste fundamentalmente en una sucesión de recepciones y que de este modo obedece a

16 Esto es una especie de *cantus firmus* de la moderna literatura europea. Véase por ejemplo Davies, op. cit., (nota 4) p.16; Borgolte, op. cit., (nota 12) p. 356 ss.; Hans Joas, "*Die kulturellen Werte Europas: Eine Einleitung*" en: Joas/Wiegandt (eds.), op. cit., (nota 6) p. 11 ss.; Jacques Le Goff, *Das alte Europa und die Welt der Moderne*, 1996, p. 53; Häberle, op. cit., (nota 4) p. 26 ss.; Beck/Grande, op. cit., (nota 4) p. 29; con mucha agudeza también, Rudolf Schieffer, *Einheit in Vielfalt*, *faz* del 6 de Diciembre de 2005, p. 7. Toma distancia Muschg, op. cit., (nota 4) p. 57, con la tesis de que la integración de Europa podría conducir "solamente a una unidad en todo caso dividida".

17 En modo similar Muschg, op. cit., (nota 4) p. 56 ss.: la historia europea fue "una historia de separaciones críticas en cada una de las cuales intervenía un momento integrativo que la llevaba a una unidad superior".

18 Ya en 1885, Josef Kohler, *Das Recht als Kulturerscheinung: Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*; actualmente sobre la influencia cultural del derecho ver particularmente Bernhard Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, 1984, p. 80 ss.; sobre el significado culturalmente influyente del derecho ver Helmut Coing, "*Das Recht als Element der europäischen Kultur*", *Historische Zeitschrift* 238 (1984), p. 1 ss. La clave de lectura de la fabulosa y apasionada obra de Paul Koschaker es que el derecho romano sea un exponente de la cultura europea: Europa und das römische Recht, 4.ed., 1966. En qué medida se refleje el derecho romano en la cultura europea es el tema de la investigación de Peter Blaho, "Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der *Literatur, Kunst und Wissenschaft*", en: Wolfgang Ernst, Eva Jakab (eds.), *Usus Antiquus Juris Romani*, 2005, p. 13 ss.

19 Pierre Legrand, Paradoxically Derrida: For *A Comparative Legal Studies* (2005) 27 Cardozo Law Review 631, p. 639 ss.

20 Cfr. por ejemplo Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ed., 1996, p. 33.

una dinámica intelectual autónoma, pone en duda, además del fundamento económico, el anclaje cultural del derecho[21]. Con todo y ello, un análisis de derecho comparado orientado de acuerdo al principio funcional reconoce también que, aunque los resultados sean a menudo iguales, los ordenamientos jurídicos llegan a la solución de los problemas por diversos caminos, y que estos contrastes pueden estar condicionados culturalmente[22]. Tampoco puede conducir a resultado distinto la observación de los procesos de recepción, en particular de los transplantes jurídicos interculturales (por ejemplo el acogimiento del derecho alemán en Japón o del derecho suizo en Turquía): por una parte, una recepción tiene como consecuencia la transformación de la cultura jurídica del país receptor, pero por otra, esta última no deja inalterado el derecho recibido[23]. Una interacción entre derecho y cultura es por lo tanto siempre plausible, aunque no siempre es sencillo establecer su influencia recíproca, pues el paso del derecho hacia la cultura general es siempre bastante amplio. Además, el punto de referencia para un enfoque cultural es problemático: ¿Radica en una cultura europea o en las muchas culturas nacionales de Europa? Los mismos representantes de una aproximación cultural enfática al derecho comparado, argumentan curiosamente de tanto en tanto, que los estados nacionales modernos y su cultura deben ser preservados frente a las aspiraciones de europeización[24].

Por otra parte, el punto de referencia del presente análisis es 'europeo', si bien el enfoque del tema debe ajustarse un poco, en el sentido de que este estudio se concentra fundamentalmente en el carácter romano de una *tradición*, cuyas peculiaridades son específicamente europeas y por ello puede valer como expresión y elemento de una cultura europea. Por ello propongo echar mano del concepto de 'tradición jurídica' como puente entre los conceptos 'derecho' y 'cultura' enunciados en el título. Probablemente otros habrían acudido en este lugar al concepto de

21 Alan WATSON, Roman Law and Comparative Law, 1991, p. 97 ss.; *idem*, *"Aspects of Reception of Law"*, (1996) 44 *American Journal of Comparative Law*, p. 335 ss.

22 Sobre el método funcional del derecho comparado ver la reciente contribución de Ralf MICHAELS, *"The Functional Method of Comparative Law"* en: Mathias REIMANN, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 339 ss.

23 Para el caso de Japón véase Zentaro KITAGAWA, *Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, 1970; Helmut COING (ed.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, 1990; Guntram RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung* in Japan, 1990; para el caso de Turquía véase Ernst E. HIRSCH, *"Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* in der Türkei", *Schweizerische Juristenzeitung* 1954, p. 337 ss.; *idem*, *"Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht"*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 95 (1976), p. 223 ss.; Erich PRITSCH, *"Das Schweizerische Zivilgesetzbuch der Türkei: Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung"*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 59 (1957), p. 123 ss. Sobre el fenómeno de la recepción jurídica ver en general Michele GRAZIADEI, *"Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions"*, en: REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), op. cit., (nota 22) p. 441 ss.

24 Ver Jürgen BASEDOW, *"Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal"*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4 (1996), p. 379 ss.; Nikolas ROOS, *"NICE Dreams and Realities of European Private Law"* en: Mark VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, p. 210 ss.

'cultura jurídica', que viene siendo utilizado desde hace algún tiempo para recalcar que la comparación jurídica va más allá de una simple comparación de reglas[25]. Pero tal connotación la expresa del mismo modo el concepto de tradición jurídica, además de hacer énfasis desde un inicio en la construcción histórica del derecho y la cultura jurídica, en su carácter impregnado por el pasado[26], y esquivar de paso la connotación de confrontación que está inmersa, en modo latente, en el concepto de cultura[27].

III. DERECHO ROMANO EN LAS CODIFICACIONES MODERNAS

Cuando actualmente en el derecho alemán se hace referencia a acciones que tratan de recuperar la propiedad, se diferencia entre una reclamación basada en la propiedad o reivindicación (*rei vindicatio*; en alemán *Vindikation*) y otra basada en el enriquecimiento injusto (*condictio*; en alemán *Kondiktion*)[28]. Cuando un poseedor hace mejoras en un objeto que no le pertenece y que no está legitimado para retener (por ejemplo, un objeto que se ve obligado a devolver en virtud de una *rei vindicatio*) tiene derecho a reclamar una compensación del propietario. Las pretensiones correspondientes, inspiradas en el modelo romano de la restitución de las *impensae*[29], se encuentran reguladas en los §§ 994 y siguientes del BGB.

El caso más representativo de enriquecimiento injusto, recogido en el § 812 I 1, alternativa 1ª del BGB, se señala a menudo como *condictio indebiti* (de *indebitum solutum*, que es el pago de lo no debido). En el § 812 I 2 del BGB se hallan además

25 Al respecto, por ejemplo las contribuciones que se encuentran en David NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997; Heinz MOHNHAUPT, "*Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung: Historische Beobachtungen zu Einheitlichkeit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa*", en: *Recht – Idee – Geschichte, Festschrift für Rolf Lieberwirth*, 2000, p. 657 ss., así como el reciente escrito de Roger COTTERRELL, "*Comparative Law and Legal Culture*", en: REIMANN/ ZIMMERMANN (eds.), op. cit (nota 22), p. 709 ss.

26 Ver también KOSCHAKER, op. cit., (nota 18) p. 4; HÄBERLE, op. cit., (nota 4) p. 21 ss.; MOHNHAUPT, op. cit. (nota 25) p. 657 ss.; Géza ALFÖLDY, *Das Imperium Romanum – ein Vorbild für das vereinte Europa?*, 1999, p. 7; Peter WAGNER, "*Hat Europa eine kulturelle Identität?*", en: JOAS/ WIEGANDT (eds.), op. cit., (nota 6) p. 498 ss.

27 Patrick GLENN, "*Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*", en: REIMANN/ ZIMMERMANN (eds.), op. cit., (nota 22) p. 421 ss.; *idem*, en: van HOEKE, op. cit., (nota 1) p. 7 ss.; *idem*, *Legal Traditions of the World*, 2.ed, 2004, p. 1 ss.; el título de la obra más conocida de Samuel P. HUNTINGTONS, *The Clash of Civilizations*, 1996, se convirtió en una fórmula estándar; cfr. también por ejemplo Otto HONDRICH, "*Kampf der Kulturen*", FAZ del 13 de Abril de 2006, p. 6.; Karl Kardinal LEHMANN, "*Kampf der Kulturen?*", FAZ del 20 de Septiembre de 2006, p. 8.

28 Los conceptos se encuentran también en comentarios al BGB como el Othmar JAUERNIG (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.ed., 2004 (cfr. § 985, 1, donde incluso se emplea el término latino "*rei vindicatio*"; Vor §§ 987-993, n. 3: "*Vindikationslage*"; § 812, I. "*Voraussetzungen der Leistungskondiktion*", II. "*Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise*").

29 Así actualmente se sigue haciendo diferencia de acuerdo con el modelo del derecho romano entre mejoras útiles, necesarias y voluptuarias (*impensae necessariae*, *utiles* und *voluptuariae*): ver por ejemplo Othmar JAUERNIG, in: JAUERNIG (nota. 28) Vor §§ 994-1003, n. 8 (aunque el BGB sólo hace referencia a los dos primeros tipos de mejoras).

la *condictio ob causa finitam* (por la pérdida de la causa jurídica, *Wegfalls des rechtlichen Grundes*) y la *condictio causa data non secuta* (por ausencia de causa, *Zweckverfehlung*)[30]. El § 817 I del BGB nos pone frente a la *condictio ob turpem vel iniustam causam*, que sin embargo puede ser excluida de conformidad con el principio *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, es decir, que si ambas partes actuaron en modo no conforme al derecho, el poseedor se encuentra comparativamente en una posición mejor y por ello no debe proceder a la restitución (§ 817, 2 del BGB)[31]. No siempre la terminología corriente permite reconocer de manera tan clara el origen romano de nuestro derecho privado moderno. El término *'Delikt'* se remonta directamente al *delictum* romano, pero también la palabra alemana para contrato, *'Vertrag'* (proveniente de *'sich vertragen'*, llevarse bien, ser compatible, reconciliarse) se ha acuñado con base en el *pactum* latino[32] (de *pacisci*, hacer las paces) que podemos encontrar en el edicto del pretor (*'pacta conventa* [...] *servabo'*)[33]. El modo en que se interpretó por las Cortes alemanas la cláusula general del § 242, poco después de la entrada en vigencia del BGB, tiene su origen en la doble raíz de la *exceptio doli* y de la *bona fides*, uno de los motores más importantes del desarrollo del derecho romano de los contratos[34]. El ejercicio de un derecho derivado de un contrato es inadmisible, si con este comportamiento quien lo ejerce contradice uno suyo anterior (*venire contra factum proprium*), si no ha actuado de conformidad con el contrato (*tu quoque*), o si pretende del deudor lo que tendría que restituirle inmediatamente después (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*); máximas del derecho romano que pueden extraerse del § 242 del BGB[35]. En otros casos, el legislador del BGB recogió máximas de esta índole en modo directo aunque obviamente sin referirlas en latín, como es el caso por ejemplo de *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (§ 117 del BGB), o

30 También en estos casos se encuentran los términos en latín en comentarios como el de Astrid STADLER, en: JAUERNIG (nota 28) § 812, n. 13 y 14.

31 JAUERNIG/STADLER (nota 28) § 817, n. 1 menciona solamente la primera frase, no la máxima posterior. Para una breve discusión en inglés sobre el enriquecimiento injusto alemán apenas mencionado, cfr. R. ZIMMERMANN, *"Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach"* (1995) 15 OJLS, p. 403 ss. Una visión histórica en R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, p. 857 ss.

32 Christian WOLFF, *Grundsätze des Natur - und Völckerrechts*, Halle, 1754, § 438; también Klaus-Peter NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im* 16. bis 18. Jahrhundert, 1983, p. 164 ss.

33 *Ulp*. D. 2, 14, 7, 7; véase ZIMMERMANN, *Law of Obligations* op. cit., (nota 31) p. 508 ss.

34 Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN, *"Good faith in European contract law: surveying the legal landscape"*, en: Reinhard ZIMMERMANN, Simon WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, 2000, p. 16 ss.; Martin Josef SCHERMAIER, *"Bona fides in Roman contract law"*, en: ZIMMERMANN/WHITTAKER (eds.), op. cit., p. 63 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001, p. 83 ss. El intento más influyente de una sistematización de la jurisprudencia sobre el § 242, está también claramente inspirado en el derecho romano: Franz WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung* des § 242 BGB, 1956.

35 Son mencionadas por Heinz-Peter MANSEL, en: JAUERNIG, op. cit., (nota 28) § 242, n. 39, 47, 48; cfr. también n. 37 y 44 con la diferenciación entre *exceptio doli praesentis* und *exceptio doli praeteriti*.

de la *interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisset* (o regla *contra proferentem*: § 305 c II del BGB)[36]. Distinciones sistemáticas como contrato y delito, derechos absolutos y relativos, y ligada a esta última la de derechos reales y derechos personales, se encuentran inspiradas en construcciones del derecho romano; tipos contractuales como la compraventa, la permuta, la donación, el mandato, el depósito y la fianza, como también la distinción entre préstamo de uso y préstamo de consumo. Criterios generales de responsabilidad civil, como el dolo, la culpa y la *diligentia quam in suis*[37]; regímenes especiales de responsabilidad civil independientes de la culpa, como el del arrendador del § 356 a del BGB[38] o el del posadero del § 701 y siguientes del BGB[39] y finalmente un sinnúmero de instituciones jurídicas y reglas particulares: desde la nulidad del negocio jurídico contrario a la moral (contrato *contra bonos mores*)[40], las reglas sobre la mora del deudor (*mora debitoris*) y del acreedor (*mora creditoris*)[41], la resolución de la venta o la reducción del precio en el régimen de vicios de la cosa vendida (*actio redhibitoria* y *actio quanti minonis*)[42] hasta la gestión de negocios (*negotiorum gestio*)[43] y la responsabilidad del tenedor de animales (*Tierhalterhaftung*) del § 833 del BGB[44]. Estos son sólo algunos de los ejemplos que reflejan con claridad la influencia romana del BGB, los cuáles además se circunscriben solamente a uno de los campos del derecho privado, más precisamente, al del derecho de las obligaciones. En otras áreas del derecho privado, en particular en el derecho de bienes y de sucesiones, pueden encontrarse otros tantos[45]. Lo mismo puede decirse de otras

36 Al respect, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, paperback edition*, 1996, p. 639 ss.; Stefan VOGENAUER, en: Reinhard ZIMMERMANN, Joachim RÜCKERT, Mathias SCHMOECKEL (eds.), Historisch-kritischer *Kommentar zum BGB*, Vol. II, 2007, §§ 305-310. *Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen* III, n. 13 ss.

37 Ver Martin SCHERMAIER, en: ZIMMERMANN/ RÜCKERT/SCHMOECKEL (eds.) HKK zum BGB, op.cit., (nota 36) Vol. II, 2007, §§ 276-278. *Verantwortlichkeit des Schuldners, passim*.

38 Al respecto Klaus LUIG, "*Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel* nach § 538 BGB" en: Festschrift für Heinz Hübner, 1984, p. 121 ss.

39 ZIMMERMANN, "*Die Geschichte der Gastwirtshaftung in Deutschland*" en: Hans-Peter HAFERKAMP, Tilman REPGEN (eds.), *Usus modernus: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit – Symposium aus Anlass* des 70. Geburtstages von Klaus Luig (2007) p. 271 ss.

40 § 138 I del BGB; ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 713 ss.

41 §§ 286 ss. y 293 ss del BGB; ver *Law of Obligations*, ibid., p. 790 ss. y 817 ss.

42 §§ 459 y ss. del BGB (originales); ver *Law of Obligations*, ibid., p. 305 ss. Las reglas fueron reformadas en el año 2002; véase ZIMMERMANN, The New German *Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (2005) p. 79 ss.

43 §§ 677 ss. del BGB; ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 433 ss.

44 § 833 del BGB; ver *Law of Obligations*, ibid., p. 1116 ss.

45 Sobre la relación entre derecho romano y BGB véase Max KASER, "*Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*", JuS 1967, p. 337 ss.; Rolf KNÜTEL, "*Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht*" en: Walter LUDWIG (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, 1993, p. 43 ss.; Eduard PICKER, "*Zum Gegenwartswert des Römischen Rechts*" en: Hans BUNGERT (ed.), *Das antike Rom in Europa*, 1985, p. 289 ss. Cfr. también la tabla de fuentes romanas citadas en los trabajos preparatorios del BGB, recopiladas por Rolf KNÜTEL y Markus GOETZMANN en: Reinhard ZIMMERMANN, Rolf KNÜTEL, Jens Peter MEINCKE (eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 2000, p. 679 ss.

codificaciones modernas[46]. El *Code civil* de 1804 en algunos puntos es incluso más romano que el BGB[47]: así al rechazar en el Art. 1121 el contrato a favor de tercero (*alteri stipulari nemo potest*)[48], o cuando insiste, en el Art. 1591, en la determinación del precio como presupuesto para la validez del contrato de venta (el *pretium certum* del derecho romano)[49], o cuando en el 1290 dispone que la compensación opera "de *plen droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs*" (en el derecho romano: *ipso iure*)[50] o al conservar las categorías sistemáticas de contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito[51].

IV. ¿QUÉ TAN ROMANO ES EL DERECHO ROMANO ACTUAL?

1) Nuestro derecho moderno, así como nuestro pensamiento jurídico, han sido moldeados en esos como en otros tantos aspectos por el derecho romano, aunque sólo en la menor parte de los casos (si es que se dan) las reglas modernas son idénticas a las reglas de derecho romano (o incluso lo son entre ellas mismas)[52]; en ocasiones inclusive se ha invertido el modelo romano. El cuasidelito, como lo entendemos hoy en día, fue una categoría sistemática empleada en casos de responsabilidad extracontractual independiente de la culpa, separados de la responsabilidad delictual, dependiente ésta sí de la culpa[53]; sin embargo, durante mucho tiempo se partió de la base de que la responsabilidad delictual se fundaba en el dolo mientras la cuasidelictual en la culpa[54]. Este malentendido se debió al intento Justinianeo de encuadrar las fuentes clásicas dentro del requisito general de la *culpa* y afectó también la comprensión del legislador francés. La distinción entre responsabilidad delictual y cuasidelictual perdía así cualquier relevancia práctica, como quiera que

46 Sobre el nuevo código civil holandés, Hans ANKUM, "*Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch*" en: ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE (eds.), op. cit., (nota 45) p. 101 ss.; en general sobre el tema remitirse a Alexander BECK, "*Römisches Recht in unserer Rechtsordnung*" en: *Horizonte der Humanitas: Freundesgabe Walter Wili*, 1960, p. 120 ss.; Reinhard ZIMMERMANN, "*The Civil Law in European* Codes" en: David L. Carey MILLER, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, p. 259 ss.; Alfons BÜRGE, "*Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa*" en: Filippo RANIERI (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*, 2002, p. 19 ss.

47 En este sentido James GORDLEY, "*Myths of the French Civil Code*" *American Journal of Comparative Law* 42 (1992), p. 459 ss.

48 *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 45 ss.

49 Ibid., p. 253 ss.

50 *infra* IV.

51 Cfr. Libro III, Título IV, Capítulos I und II del *Code civil*. Sobre la correspondiente cuatripartición Justinianea de las fuentes de las obligaciones (Inst. III, 13, 2) cfr. *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 14 ss.

52 Sobre el ejemplo de la ilegalidad y la inmoralidad ver ZIMMERMANN, *The Civil Law in European Codes*, op. cit., (nota 46) p. 267 ss.

53 Ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 16 ss.

54 Cfr, por ejemplo, Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, en: *idem*, *Traités de droit* civil, Vol. I, 1781, n. 116.

la responsabilidad por actos ilícitos cometidos en modo culposo fue equiparada a la de los actos dolosos. Más aún, a partir de entonces faltó un lugar preciso para la ubicación sistemática del creciente e importante fenómeno de la responsabilidad objetiva por la creación de riesgos en el sistema de derecho privado[55].

Se debe también a un malentendido la interpretación de la locución *ipso iure* en el sentido de *sine facto hominis* (lo que quiere decir que se produce automáticamente) en las fuentes romanas sobre la compensación. Con tal expresión simplemente se entendía que la compensación no tenía que ser efectuada por el juez sino que el demandante se encontraba obligado, por el derecho mismo, a sustraer del monto de su propia demanda el monto de la pretensión de la contraparte[56]. Además, las fuentes al respecto tienen que ver solamente con un tipo de compensación, a saber: el *agere cum compensatione* del banquero. A diferencia del derecho moderno, el derecho romano no conoció un instituto unitario de la compensación con supuestos de hecho estandarizados; de hecho, como reflejo de su carácter procesal, coexistían cuatro formas diferentes de compensación[57]. En los *bonae fidei iudicia* por ejemplo, tenía que ser alegada y Justiniano refiere en una de sus constituciones que debía ser declarada[58], regla que condujo en definitiva al conocido modelo de la compensación del § 388 del BGB[59].

De modo que estamos frente a dos soluciones completamente diferentes a una misma problemática y ambas tienen su origen en el Derecho Romano, fenómeno que no es nada extraño. Así, no solo la concepción de la *mora creditoris* que se abrió camino en el BGB derivó del derecho romano (el acreedor no infringe un deber frente a su deudor y por ello no es responsable por los perjuicios causados, sino que solamente compromete su propia posición en ciertos aspectos), sino también el modelo contrario, por el cual la mora del acreedor en cierto modo refleja la *mora debitoris* (que se enfoca en la violación de un deber, culpa, y por tanto implica indemnización de perjuicios)[60]. Otro ejemplo conocido lo ofrece el principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*) y la doctrina de la *iusta causa traditionis* en la transferencia de la propiedad[61]. Puede darse incluso la coexistencia de dos soluciones diferentes que se apoyan en un mismo fragmento del Digesto. Es el caso por ejemplo de Gai. D.19,2,25,7, en el que se considera como responsable a quien se ha obligado a transportar unas columnas por los daños ocasionados al bien transpor-

55 Ver Law of Obligations, op. cit., (nota 31) p. 16 ss.

56 Pascal PICHONNAZ, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionels*, 2001, p. 127 ss.; ZIMMERMANN, en: ZIMMERMANN/RÜCKERT/SCHMOECKEL (eds.), HKK zum BGB, op. cit., (nota 36) §§ 387-396. Aufrechnung, n. 6.

57 Detalladamente PICHONNAZ, op. cit., (nota 56) p. 9 ss.; para una visión panorámica Max KASER, *Das römische Privatrecht*, Vol. I, 2ed., 1971, p. 644 ss.; HKK/ZIMMERMANN op. cit., (nota 36) §§ 387-396, n. 5 ss.

58 C.4,31,14.

59 Los particulares en HKK/ZIMMERMANN, op. cit., (nota 36) §§ 387-396, n. 11 ss.

60 Al respecto ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 36) p. 817 ss.

61 Véase Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2.ed., 2003, p. 383 ss.

tado, *"si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit"* (si hubiere acontecido por culpa de él mismo y/o de aquéllos cuyo trabajo utilizase). Si se entiende que el *"que"* en *"eorumque"* es disyuntivo[62], el texto ofrece el fundamento para una responsabilidad estricta del transportador independiente de su propia culpa por la culpa de su empleado, solución que puede encontrarse en el campo extracontractual en el Art. 1384 del *Code civil*[63]. Por el contrario, en el derecho de pandectas alemán del siglo XIX se leía: responsabilidad por daños ocasionados con intervención de la propia culpa *y* la culpa de quienes se sirve para la ejecución del deber[64]. El texto así interpretado era coherente con uno de los más grandes axiomas jurídicos de aquél tiempo, el principio de la culpa que dominaba la responsabilidad delictual[65] y que trajo consigo el requerimiento de la culpa en la responsabilidad por el hecho del empleado que aún puede encontrarse en el § 831 del BGB[66].

El principio según el cual de un acuerdo formado *"nudo consensu"*, esto es, por el mero acuerdo informal de las partes, pueden surgir obligaciones exigibles, se remonta al derecho romano, si bien inicialmente estaba circunscrito a hipótesis determinadas. El principio general era *"nuda pactio obligationem non parit"* (lo que significaba que un acuerdo informal no daba lugar a una acción)[67], no obstante lo cual, en el derecho antiguo fueron haciéndose exigibles un número cada vez mayor de *pacta*. Y así se sentaron en el derecho romano las bases para la elaboración del principio *pacta sunt servanda*[68] (o más precisamente *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*), basilar para el derecho moderno, que pese a estar expresado en latín no es como tal romano, sino que fue formulado por primera vez en el *Corpus Iuris Canonici*, la recopilación medieval de derecho canónico.

Muy similar es la historia de tres figuras que actualmente tienen gran importancia: el contrato a favor de tercero, la representación y la cesión de créditos. El hecho de que en el derecho romano la relación crediticia fuera concebida durante tanto tiempo como un vínculo jurídico estrictamente personal entre las partes que celebraban el contrato, fue ciertamente una piedra en el camino para el reconoci-

62 Actualmente es la posición de los romanistas; cfr. Rolf KNÜTEL, *"Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht"*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 100 (1983) p. 419 ss.; *Law of Obligations*, op. cit., (nota 36) p. 397 ss.; Hartmut WICKE, *Respondeat Superior*, 2000, p. 69 ss.

63 Alan WATSON, *Failures of the Legal Imagination*, 1988, p. 6 ss., 15 ss.; ZWEIGERT/KÖTZ, op. cit., (nota 19) p. 639 ss.

64 Cfr. por ejemplo Bernhard WINDSCHEID, Theodor KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ed., 1906, § 401, p. 5.

65 Sobre el particular ver Hans-Peter BENÖHR, "Die *Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip"*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 46 (1978), p. 1 ss.

66 Sobre el desarrollo histórico Hans Hermann SEILER, *"Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht"*, JZ 1967, p. 525 ss; *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 1124 ss.

67 Ulp D. 2, 14, 7, 4; *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 508 ss.

68 Para más detalles ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 542 ss; Peter LANDAU, *"Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie"*, en *"Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert": Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 457 ss.

miento de tales instituciones jurídicas[69]. No obstante, ya el *Corpus Iuris Civilis* ofrece algunos puntos de partida que permiten superar esta concepción tan restrictiva[70]. Un fragmento poco llamativo del *Codex* de Justiniano[71] se convirtió en el catalizador de la *actio de in rem verso* general del derecho francés[72], que como tal, no corresponde al derecho romano. La *condictio indebiti* del derecho moderno alemán toma ciertamente como modelo el derecho romano, aunque en todo caso se diferencia de él considerablemente, al concentrarse en el enriquecimiento presente y no en el originariamente recibido[73] y porque no presupone que quien pretenda la restitución haya pagado por *error* lo que no debía. Dos fuentes contrastantes del Digesto (una atribuida a Papiniano[74], la otra a Diocleciano y Maximiniano[75]) evidencian particularmente cómo generaciones de juristas se ocuparon de la relevancia del error de derecho al respecto[76]. La *condictio causa data causa non secuta* perdió en gran parte su función debido al reconocimiento del principio *pacta sunt servanda* mientras que la *condictio ob turpem vel iniustam causam* la perdió del todo[77]. Como resultado, la aplicación de la regla *in pari turpitudine* también se volvió problemática[78]. Visto que las *condictiones* romanas complementaban el fragmentario derecho contractual[79], con el formarse de la concepción general del contrato en la edad moderna, se abrió el camino para una responsabilidad generalizada por enriquecimiento; camino que recorrieron desde diferentes puntos de partida especialmente Hugo Grocio[80], la

69 Inst. 3,13 pr.: «[O]*bligatio es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenae rei secundum nostrae civitatis iura…*».

70 Para el desarrollo histórico remitirse a Law of Obligations, op. cit., (nota 31) p. 34 ss., 45 ss., y 58 ss.

71 C. 4,26,7,3: «*Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit*».

72 Berthold KUPISCH, Die Versionsklage (1965); *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 878 ss.

73 A diferencia de los §§ 812 y ss. del BGB la *conditio* romana no perseguía el entero patrimonio del enriquecido, ya que el deudor estaba obligado a la devolución de lo originariamente recibido. Tanto el contenido como el destino de tal obligación se regían por las reglas generales. Sobre esta figura y su desarrollo posterior ver Wolfgang ERNST, "*Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*", en Werner FLUME, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 2003, p. 2 ss.

74 Pap. D.22,6,7: «*Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*».

75 C. 1,18,10: «*Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio*».

76 D.P. VISSER, *Die rol van dwaling by die condictio indebiti, Dissertation Leiden*, 1985, p. 66 ss.; *Law of Obligations* op. cit., (nota 31) p. 868 ss.

77 Para más detalles ver *Law of Obligations*, ibid., p. 857 ss.

78 *Law of Obligations*, ibid., p. 863 ss.

79 Berthold KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*, 1987, p. 4 ss.; *Law of Obligations* op. cit., (nota 31) p. 841 ss.

80 Al respecto Robert FEENSTRA, "*Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law*", en: E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2.ed., 1999, p. 197 ss.; Daniel VISSER, "*Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*", en: Robert FEENSTRA, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts* im 17. und 18. Jahrhundert, 1992, p. 369 ss.

Cour de cassation francesa[81] y Friedrich Carl von Savigny[82]. Con la generalización de la responsabilidad por enriquecimiento injusto, una vez más perdieron su significado originario algunas reglas de derecho romano, por ejemplo aquéllas sobre el reconocimiento de mejoras: porque si a partir de entonces un poseedor que había hecho mejoras tenía a su disposición una acción por enriquecimiento, no era necesario otro tipo de protección adicional. Así las cosas, cuando los autores del BGB decidieron conservar la institución de la indemnización por mejoras en los §§ 994 y siguientes, al mismo tiempo dieron un vuelco a su *ratio*[83]. La decisión de conservar reglas de derecho romano en un entorno dogmático-jurídico distinto y con otras perspectivas de política del derecho, resultó ser bastante desafortunada[84].

La responsabilidad delictual también fue generalizándose paso a paso en la jurisprudencia medieval y moderna[85]. Así se reanudaron los intentos de los juristas romanos de convertir la *lex Aquilia* –una ley del siglo III a.C., estructurada de manera bastante singular y con un ámbito de aplicación muy restringido– en un pilar central de la responsabilidad delictual romana[86] . Durante el medioevo y la edad moderna se hacía referencia a una responsabilidad "aquiliana" aunque se diferenciara considerablemente de su origen romano, más de lo que un ave se diferencia de un cuadrúpedo[87]. Ello instó a inicios del siglo XVIII a Christian Thomasius a arrancarle la máscara aquiliana a la acción de indemnización de perjuicios en materia extracontractual[88]; y no obstante ello, nuestra dogmática de la responsabilidad extracontractual sigue impregnada hoy día de concepciones que tienen su origen en el derecho romano (particularmente: antijuridicidad y culpa) las cuáles precisamente por ello plantean dificultades, puesto que en comparación

81 Ver Alfons BÜRGE, *"Der Arrêt Boudier von 1892 vor dem Hintergrund der Entwicklung des französischen Bereicherungsrechts im 19. Jahrhundert"*, en: *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 3 ss.

82 Sobre el particular Nils JANSEN, *"Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny"*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 120 (2003), p. 106 ss.

83 En detalle Dirk A. VERSE, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Eine kritische Betrachtung aus historisch-vergleichender Sicht*, 1999; más en general también R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, AcP 202 (2002), p. 259 ss. así como Roman Law, op. cit., (nota 34) p. 45 ss.

84 Los problemas son analizados por VERSE, op. cit., (nota 83) p. 1 ss.

85 Horst KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, 1958; Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I, 1985, p. 509 ss.; *Law of Obligations* op. cit., (nota 31) p. 1017 ss.; Jan SCHRÖDER, *"Die zivilrechtliche Haftung für schuldhafte Schadenszufügungen im deutschen usus modernus"*, en: *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, 1995, p. 142 ss.

86 Más detalles en *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 953 ss.

87 «*[A]ctio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam avis a quadrupede*»: Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*, § 1.

88 Christian THOMASIUS, *Larva Legis Aquiliae*, traducido y editado por Margaret HEWETT, 2000.

con el derecho romano, la función del régimen de la responsabilidad delictual ha cambiado sustancialmente[89].

La extensión del régimen de la compraventa romana (que solamente conocía la compraventa de cuerpo cierto), a la venta de bienes determinados por el género, se debe a uno de los muchos "malentendidos productivos"[90] de las fuentes romanas producidos por la jurisprudencia medieval[91]. Ello constituyó un paso marcadamente progresista como quiera que la compraventa de género en términos prácticos iba adquiriendo más importancia que la compraventa de cuerpo cierto; pero en tal proceso dejaron de encajar una serie de reglas romanas, en especial la antigua regla de distribución del riesgo *emptione perfecta periculum est emptoris*[92] y el régimen de responsabilidad por vicios de la cosa[93]. Al primero de estos problemas dio solución finalmente el legislador del BGB con la regla del §446[94], apartándose del derecho Romano, mientras que el segundo, a pesar de la solución intermedia de la versión antigua del § 480, quedó en esencia sin resolver[95].

V. CARACTERÍSTICAS INFLUYENTES DEL DERECHO ROMANO ANTIGUO

Estos pocos ejemplos nos ponen de presente una serie de particularidades del derecho romano bastante significativas para el posterior desarrollo del derecho europeo. (i) Se trata de una rama específica de conocimiento cuyo altísimo grado de desarrollo se debe a los juristas, lo que constituye algo único en el mundo antiguo. (ii) En estrecha relación con esto se encuentra una delimitación del derecho (o con una expresión de Fritz Schulz: aislamiento)[96] frente a la religión, la moral, la política y la economía: una separación entre lo jurídico y lo no jurídico. (iii) Se aúna a lo anterior un énfasis bastante fuerte en el derecho privado y por lo tanto en el procedimiento civil; por el contrario, al parecer para los juristas romanos el derecho penal y el derecho administrativo en gran medida no podían someterse a criterios jurídicos específicos. (iv) El derecho romano fue en esencia un derecho de los juristas (*Juristenrecht*); no se encontraba sistemáticamente ordenado de conformi-

89 Lo explica claramente Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, 2003.

90 Término aportado a la historia del derecho por H.R. HOETINK (quien a su vez lo tomó de la literatura teológica) cfr. H.R. HOETINK, "*Over het verstaan van vreemd recht*", en: *idem*, *Rechtsgeleerde opstellen*, 1982, p. 34 ss.; *idem*, *Historische rechtsbeschouwing*, en: *idem*, *Rechtsgeleerde opstellen*, 1982, p. 266 ss.

91 Martin BAUER, *Periculum Emptoris: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, 1998, p. 98 ss.; Wolfgang ERNST, "*Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs*", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* p. 612 ss.; Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, 2005, p. 84 ss.

92 *Law of Obligations* op. cit., (nota 31) p. 281 ss.

93 Ibid., p. 305 ss.

94 Ibid., p. 291 ss.

95 ZIMMERMANN, *New German Law of Obligations*, op. cit., (nota 42) p. 87 ss.

96 Fritz SCHULZ, Prinzipien des Römischen Rechts, 1934, p. 13 ss.

dad con una ley general, sino que era aplicado y desarrollado por juristas expertos y de gran experiencia[97]. (v) Ello explica la gran elasticidad y realismo del derecho romano, y el porqué de tantas controversias que se generaban tendencialmente en torno a la resolución de los problemas jurídicos. (vi) Fiel reflejo de la dinámica misma del derecho romano, de su desarrollo constante, son precisamente estas controversias. Entre *Publius Mucius Scaevola* (cónsul en el 133 a. C.), a quien un manual de mitad del siglo II d.C. señala como uno entre *"qui fundaverunt ius civile"*[98] y *Aemilius Papinianus* (prefecto del pretorio del 205 al 212 d. C.), el jurista más eminente del período clásico tardío, transcurre un lapso de tiempo de más de trescientos años, durante los cuales tanto el Estado y la sociedad, como la cultura jurídica romana y el derecho romano estuvieron sometidos a cambios fundamentales. (vii) Y en esta medida es que resulta inexacta la referencia a "el" derecho romano. Más aun, el antiguo derecho romano desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basaban en la jurisprudencia de los más antiguos, la cual creó una relación de discusión que abarcó generaciones enteras de juristas. Un ejemplo lo hace más claro[99]. En D. 24, 3, 66 pr. la compilación Justinianea conserva un fragmento atribuido a Iavolenus[100] (jurista ubicado en la transición de la época clásica temprana a la clásica tardía) fruto de una reelaboración de textos póstumos de *Marcus Antistius Labeo* (contemporáneo de *Augustus*; considerado uno de los juristas romanos más sobresalientes)[101] y que contiene una regla según la cual el marido, responde por *dolus* y *culpa* respecto de las cosas que, fuera del dinero, haya recibido como dote. Como argumento de autoridad para esta regla, se cita al jurista más sobresaliente del periodo preclásico, *Servius Sulpicius Rufus*[102], quien a su vez se había basado en una decisión tomada en un caso concreto por *Publius Mucius*[103]. Este pleito tenía que ver con objetos de la dote de Licinia, esposa de *Gaius Sempronius Gracchus*, que se perdieron como consecuencia de los disturbios generados con ocasión de la reforma agraria de los Graco. (viii) El derecho romano era por consiguiente bastante complejo. Se basaba fundamentalmente en las soluciones de casos concretos. Fue desarrollándose siglo tras siglo construyendo así una tradición. Se encontraba documentado en una vasta literatura[104] y se sostenía en dos pilares conceptual e his-

97 Al respecto ver la discusión en BÜRGE, op. cit., (nota 46) p. 21 ss; *idem*, *Römisches Privatrecht*, 1999, p. 17 ss.

98 Pomp D. 1, 2, 2, 39.

99 Inspirado en Jens Peter MEINCKE, JZ 2006, 299.

100 Sobre quien puede consultarse en Wolfgang KUNKEL, *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 2.ed., 1967, p. 138 ss.

101 Wolfgang WALDSTEIN, J. Michael RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, 10.ed., 2005, p. 201; KUNKEL, ibid., p. 32 ss.

102 Sobre quien puede consultarse en WALDSTEIN/RAINER, ibid., p. 135; KUNKEL, ibid., p. 25.

103 Sobre Publius Mucius Scaevola, ver WALDSTEIN/RAINER, ibid., p. 133; KUNKEL, ibid., p. 2.

104 Los compiladores justinianeos en el siglo VI d.C. pudieron hacer uso de cerca 2000 obras

tóricamente diferentes: el núcleo tradicional de la antigua organización ciudadana (*ius civile*) y el *ius honorarium* que, como testimonia Papiniano, fue introducido por los pretores en interés público "*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*"[105] (para ayudar, suplir y corregir el *ius civile*). (ix) No obstante, el derecho romano no tejió una maraña de detalles impenetrable. Por el contrario, los juristas romanos desarrollaron una pluralidad de figuras, conceptos y reglas jurídicas que trataron de armonizar con el fin de evitar contradicciones internas. De modo que se generó una especie de sistema "abierto", que no obstante el rigor intelectual, garantizaba al mismo tiempo gran flexibilidad al momento de resolver cuestiones prácticas[106]. Los juristas se dejaban guiar por una serie de valores y principios fundamentales, como por ejemplo la libertad de la persona, los imperativos de la *bona fides* y de la *humanitas*, o la protección de los derechos adquiridos, en particular, de la propiedad[107]. (x) Otra peculiaridad de la jurisprudencia romana, que la convirtió en un objeto muy fructífero para el análisis jurídico, era que para la solución de los casos concretos a menudo no se daban motivaciones o apenas se aludía a ellas[108]. De ahí que los textos de las fuentes romanas estén llenos de asunciones tácitas y presuposiciones que pueden y tienen que ser desentrañadas en un proceso de interpretación. De nuevo un ejemplo ilustra la situación. En Marc. D. 18, 1, 44 se encuentra este breve texto: "*Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio*". Vendidos dos esclavos por un precio global, viviendo al tiempo de la celebración del contrato solamente uno de ellos, no era posible exigir la entrega en razón de la nulidad de la venta. En el *ius commune* tal consecuencia se fundamentó en la regla "*impossibilium nulla obligatio*"[109]. Pero ¿podía exigir el vendedor de todos modos la entrega del segundo esclavo? Este planteamiento daba lugar al problema de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, sobre el cual se transmite desde la

(C.1,17,2,1); la literatura clásica pudo haber consistido en un número mucho mayor. Véase WALDSTEIN/RAINER, ibid., p. 199.

105 Pap. D.1,1,7,1. Generalidades en Max KASER, Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18.ed, 2005, p. 22 ss., quienes subrayan el carácter no unitario del derecho romano, el cual se componía de varios "estratos" jurídicos. (ibid., p.19).

106 Comparar también WALDSTEIN/RAINER, op. cit., (nota 101) p. 196 ss. Resumiendo la visión dominante actualmente KASER/KNÜTEL, op. cit., (nota 105) p. 27.

107 Ver en particular SCHULZ, Prinzipien, op. cit., (nota 96) p. 95 ss., (libertad) p.128 ss. (humanidad), 151 ss. (lealtad), y 162 ss. (seguridad en el sentido de estabilidad de los derechos adquiridos). Sobre la equidad en el derecho romano ver Peter STEIN, "Equitable Principles in Roman Law", en STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, 1988, p. 19 ss.

108 Esencial para la legitimidad de los juristas era su *auctoritas*, basada en el conocimiento adquirido gracias a su experiencia práctica. Sobre la autoridad como característica formante del derecho romano véase SCHULZ, Prinzipien, op. cit., (nota 96) p. 112 ss. (sobre los juristas, ibid p. 125 ss.).

109 Se basa en D.50,17,185 (Celsus), pero tendió a ser malentendido, también por los redactores del BGB; ver el § 306 del BGB (antes de la modificación). Más detalles en Law of Obligations, op. cit., (nota 31) p. 686 ss.

época de los glosadores la regla general *"utile per inutile non vitiatur"*[110]: la parte 'útil' de un contrato no tiene por qué resultar afectada por la parte 'inútil', lo inválido no debe afectar lo válido. Tal regla se origina en un fragmento de Ulpiano[111], en el cual sin embargo se concebía no como regla general, sino que se relacionaba en modo directo con la solución a un caso concreto. Muestra de que *"utile per inutile non vitiatur"* no pudo haber sido reconocida como regla general en el derecho clásico se evidencia en la citada decisión de *Marcianus*: el contrato es inválido también con respecto al segundo esclavo, consecuencia ligada a que el precio a pagar por tan solo uno de los esclavos no estaba determinado o no era determinable con certeza, careciendo así el contrato celebrado de uno de los requisitos de validez de la compraventa romana (*pretium certum*)[112].

VI. LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y SU TRANSMISIÓN

El surgimiento de una ciencia del derecho privado con estas características seguramente no habría sido posible sin la recepción de la filosofía y la epistemología griegas en la Roma republicana[113]. Determinante fue sin embargo el rol de los expertos juristas en la aplicación y el desarrollo del derecho, de lo cual la misma Grecia careció. Crudamente dicho, el derecho griego fue un derecho sin juristas: se decidía una controversia jurídica por un número de profanos determinados por sorteo, que con anterioridad al inicio del litigio no tenían idea alguna sobre el objeto del mismo y dictaban sentencia –además por mayoría simple y voto secreto– sin que hubiera habido lugar a discusiones o a preguntas, debido a la oralidad del proceso, en el que cada parte contaba solamente con un tiempo reglamentario para exponer sus argumentos[114]. No es difícil constatar que éste no era el ambiente apto para el surgimiento de una ciencia del derecho privado.

Sin embargo, para la trascendencia europea del derecho romano fue decisivo un elemento ajeno al derecho romano clásico: una legislación omnicomprensiva concebida por el emperador Justiniano, quien en el siglo VI d. C. ordenó elaborar una inmensa recopilación de fragmentos provenientes de las obras jurídicas clásicas

110 Ver *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 75 ss.

111 Ulp. D.45,1,1,5 al final: «... *neque vitiatur utilis per hanc inutilem*».

112 Hans Hermann SEILER, *"'Utile per inutile non vitiatur': Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht"*, en: *Festschrift für Max Kaser*, 1976, p. 130 ss. Sobre el requisito del *pretium certum* cfr. *Law of Obligations*, op. cit., (nota 31) p. 253 ss.

113 Una visión panorámica en WALDSTEIN/RAINER, op. cit., (nota 101) p. 134 ss. Más en detalle Fritz SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 38 ss.; Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* (1988) Vol. 1, *passim*, por ejemplo, p. 351 ss. (con referencias cruzadas) y p. 618 ss.; Martin SCHERMAIER, *Materia* (1992) p. 35 ss.

114 Ver por ejemplo Ernst HEITSCH, *"Beweishäufung in Platons Phaidon"*, *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse*, 9 (2000), p. 492 ss; Gerhard THÜR, *"Recht im antiken Griechenland"*, en Ulrich MANTHE (ed.), *Die Rechtskulturen der Antike*, 2003, p. 211 ss.

(los digestos), que promulgó junto con otra contentiva de las constituciones de los emperadores y un manual de introducción al derecho. Los digestos fueron elaborados además con alcance universal, como lo demuestra su denominación en griego "Pandectas" (de allí también la ciencia del derecho de pandectas, o pandectística), lo que también en principio es extraño al pensamiento romano.

"...[Q]ue en lo sucesivo no se atreva jurisconsulto alguno a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su vana palabrería en el compendio del mencionado Código..."[115], decretaba Justiniano, lo que no fue sino una esperanza ingenua, pues Justiniano no podía prohibir a la ciencia hacer objeto de ella una obra de la ciencia misma. Más todavía, tal labor se hizo necesaria visto el alto grado de complejidad que Justiniano imprimió al cuerpo de fuentes: porque hizo que textos centenarios fueran reformados y adecuados a las condiciones de su tiempo (las llamadas interpolaciones); que textos que obedecían a diferentes etapas de desarrollo del derecho romano fueran igualmente vigentes y que una recopilación (¡realizada en tan solo tres años!) contuviera una gran variedad de fragmentos que reflejaban las controversias de los juristas romanos, los cuales reunidos en un 'código' debían conducir ineludiblemente a contradicciones difícilmente conciliables.

VII. TRANSFORMACIONES EN LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

Siempre se ha considerado la Universidad como "la institución europea por excelencia"[116]. Sus orígenes, que no se remontan a la antigüedad, se encuentran más bien en la revolución educacional de occidente de postrimerías del siglo XII, que tuvo como epicentro a Bolonia y que llegó a ciudades como Paris y Oxford para finalmente extenderse a otros lugares en Europa oriental, central y meridional[117]. A pesar de no haber sido una disciplina académica impartida en la Universidad, la jurisprudencia romana puede ser descrita como ciencia. Y cuando en el alto medioevo la revolución educacional alcanzó al derecho, fue el derecho romano el que se prestó como ningún otro ordenamiento jurídico contemporáneo (con excepción del derecho canónico, estrechamente ligado al derecho romano) para ser objeto de

115 C.1,17,1,12; cfr. también C.1,17,2,21. Esto fue normalmente entendido como una prohibición general de hacer comentarios; ver Hans-Jürgen BECKER, "*Kommentier- und Auslegungsverbot*", en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (1978) Vol. 2, columas 963 ss. Pero recientemente ha sido discutido: la prohibición se habría referido solamente a comentarios escritos en los libros Justinianeos mismos; ver WALDSTEIN/RAINER, op. cit., (nota 101) p. 252. [N. d. t. La traducción del fragmento utilizado ha sido tomada de García del Corral].

116 Walter RÜEGG, prefacio, en: *idem*, (ed.), *Geschichte der Universität in Europa*, Tomo I, 1993, p. 13.

117 Ver por ejemplo BORGOLTE, op. cit., (nota 6) p. 296 ss. (con el capítulo intitulado "*Die abendländische Bildungsrevolution* ["la revolución educacional de occidente"]), así como el índice y los mapas instructivos en Jacques VERGER, "*Grundlagen*", *en* RÜEGG, ibid., Vol 1, p. 70 ss.

la interpretación analítico-escolástica y así, objeto de las lecciones universitarias[118]. De este modo, las fuentes romanas se convirtieron en el centro de atención del derecho secular. En todas las universidades que se fundaron en Europa bajo el modelo de la Universidad de Bolonia fue así hasta la época de las grandes codificaciones; en Alemania, hasta finales del siglo XIX. Pero el modo de abordar el derecho romano sufrió transformaciones considerables[119]. La jurisprudencia medieval consideraba las fuentes como un todo lógicamente consistente y se esforzaba por establecer una *Concordantia discordantium legum*, lo que provocó una reacción del humanismo jurídico del renacimiento, que en primer lugar trató de desentrañar el contenido originario de los textos, es decir, el significado que verdaderamente tenían para sus autores antiguos: se daba así inicio a la historia de la historia del derecho. Pero los humanistas consideraban los textos romanos no sólo como un modelo de justicia y equidad de la antigüedad, sino también de su propio tiempo, por lo que se vieron enfrentados nuevamente con fuentes contradictorias entre sí, que no respondían al planteamiento de nuevas problemáticas o que ofreciendo una respuesta, lo hacían sobre la base de ideas y presupuestos vetustos. Estas dificultades fueron abordadas por los representantes del *usus modernus pandectarum* (del uso moderno del Digesto), quienes por haber experimentado en cierta medida la Ilustración del Humanismo, dejaron de considerar los textos del *Corpus Juris* como absolutamente vinculantes, a diferencia de los juristas medievales. Ello permitió generalizar y desarrollar las ideas contenidas en los textos, criticarlos o incluso considerarlos abrogados por desuso[120]. Al mismo tiempo fue muy influyente otra escuela de pensamiento que reconocía que el derecho romano contenía lagunas y que a veces a duras penas lograba esbozar las bases sobre las cuales determinar lo justo y lo equitativo, de modo que se dio a la tarea de extraer las verdades fundantes por medio del análisis filosófico de los textos: la segunda escolástica, posteriormente escuela secular del derecho natural. El siglo XIX fue dominado en Alemania por la Escuela Histórica (con fuerte influencia en otros países europeos)[121] con la que prevaleció un enfoque

118 En realidad esto puede predicarse de las escuelas privadas de derecho de Bolonia ya en la segunda mitad del siglo XI y después en el siglo XII, en particular de la escuela de quien es considerado el candil del derecho, *"lucerna iuris"*, Irnerius. Sobre la importancia de Irnerius véase Franz DORN, en Gerd KLEINHEYER, JAN SCHRÖDER (eds.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4.ed., 1996, p. 211 ss.

119 Detalladamente Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ed., 1967; KOSCHAKER op. cit., (nota 18) p. 55 ss.; más en general por ejemplo en Peter G. STEIN, *Römisches Recht und Europa: Die Geschichte einer Rechtskultur*, 1996, p. 68 ss.; para un análisis conciso y reciente remitirse a James GORDLEY, *"Comparative Law and Legal History"* en: REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), op.cit., (nota 22) p. 753 ss.

120 Así por ejemplo, fue posible escribir obras como la de Philibert BUGNYON, *Tractatus legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis, terris, jurisdictionibus, et dominiis regni Franciae* (1563) y la de Simon VAN GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (1649).

121 Sobre la influencia de la Escuela Histórica ver por ejemplo Jan-Olof SUNDELL, *"German Influence on Swedish Private* Law Doctrine 1870–1914" *Scandinavian Studies in Law* (1991), p.

del derecho romano primordialmente desde el punto de vista del derecho contemporáneo y que puso el análisis histórico al servicio de las necesidades y el derecho vigentes. En la interpretación de los textos eran recurrentes consideraciones sobre la aplicación del derecho común, de las que el BGB liberó a los romanistas, quienes como resultado, de dogmáticos del derecho se transformaron en históricos del derecho. Ello trajo como consecuencia, por una parte, un enorme desarrollo en el campo de la historia del derecho antiguo, y por otra, una ciencia del derecho separada de la historia[122].

VIII. DERECHO ROMANO Y *IUS COMMUNE*

Esta es en líneas generales la historia de la denominada "segunda vida del derecho romano", es decir, el efecto de éste en el pensamiento jurídico europeo desde los días de la "recepción". El derecho romano se convirtió en el fundamento de un derecho desarrollado en modo científico, basado en el estudio académico; un derecho que giraba en torno a valores éticos uniformes, vertido en un cuerpo de literatura homogéneo en Europa y apoyado en una enseñanza también uniforme en las universidades europeas: el *ius commune*[123]. Pero en todo caso no surgió aislado, sino siempre de la mano con otros fenómenos. La tensión entre Imperio e Iglesia, entre el Emperador y el Papa, se vio a su vez reflejada en el dualismo derecho romano y derecho canónico, jurisdicción laica y jurisdicción eclesiástica, legistas y canonistas. En algunas ocasiones la jurisdicción canónica llegó a extenderse a aspectos nucleares del derecho civil[124]. Se presentaban conflictos de jurisdicción y cambios

237 ss.; J.H.A. LOKIN, "*Het NBW en de pandektistiek*", en *Historisch vooruitzicht, Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht, BW-krant jaarboek*, 1994, p. 125 ss.; Reiner SCHULZE (ed.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1990; Alfons BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, 1990; *idem*, "*Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich*" *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 5 (1997) p. 643 ss; Werner OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft* im 19. Jahrhundert, 1968; Pio CARONI, "*Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*" *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16 (1994) p. 243 ss.; Peter STEIN, "*Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid-Nineteenth Century England*", en *idem*, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, p. 238 ss.; Alan RODGER, "*Scottish Advocates in the Nineteenth Century: The German Connection*" *Law Quarterly Review* 110 (1994), p. 563 ss.; John CAIRNS, "*The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh*", *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20 (1994) p. 191 ss.

122 Para más detalles véase ZIMMERMANN, "*Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch 'Auseinanderdenken'*", ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, op. cit., (nota 45) p. 1 ss; cfr. también ZIMMERMANN, *Roman Law*, op. cit., (nota 34) p. 6 ss. y 40 ss.

123 Al respecto COING, op. cit., (nota 85) p. 7 ss.; R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, 2002, p. 22 ss. y 73 ss.

124 Particularmente lo referente a cuestiones matrimoniales, testamentarias y promesas afirmadas por el juramento. Una visión panorámica en Winfried TRUSEN, "*Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche*", en COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen*

de competencia que reflejaban las diferencias en el poder político de gobernantes espirituales y seculares. Pero sobre todo se establecieron relaciones intelectuales de largo alcance. El derecho canónico había surgido en la iglesia romana y sus fundamentos reposaban en el derecho romano, pero al mismo tiempo repercutía en el derecho común laico[125]. El principio general *pacta sunt servanda* desciende del derecho canónico[126], así como por ejemplo el de la restitución *in natura*[127]. Junto al derecho romano y al derecho canónico coexistía también el derecho feudal, que sin embargo había sido integrado al cuerpo del derecho romano por medio de los *Libri feudorum*[128]; en España se encontraban los delineamientos sistemáticos y las doctrinas de la segunda escolástica[129] y los posteriores del derecho natural racionalista, que por una parte estaban fuertemente moldeados por el derecho romano y por otra, influenciaban el *ius commune*. Había *consuetudines* que confinadas en su ámbito de aplicación, eran reconocidas en el marco del *ius commune* y se sometían al análisis científico; también costumbres y reglas, en su mayor parte no escritas, que a partir del siglo XII fueron surgiendo del intercambio comercial en ferias y plazas de mercado, así como en las ciudades portuarias del Mediterráneo, las costas del Atlántico y el mar Báltico, para cuya aplicación eran competentes tribunales comerciales especiales[130]. Y aquí también se daba una interacción con el derecho romano y el derecho común romano-canónico. Pero sobre todo, había una gran cantidad de fuentes de derecho regionales y locales que en teoría, tenían preferencia de aplicación ante los tribunales, pues el *ius commune* era de aplicación subsidiaria; aunque, sin embargo y con frecuencia se impuso en la práctica. De

Privatrechtsgeschichte, 1973, Vol. 1, p. 483 ss. En general, para Inglaterra puede verse el *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993) p. 21 ss.

125 Sobre la relevancia del derecho canónico véase Peter LANDAU, "*Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*", en: Reiner SCHULZE (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte: Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, 1991, p. 39 ss.; Heinrich SCHOLLER (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, 1996; Hans-Jürgen BECKER, "*Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch*", en: Zimmermann/KNÜTEL/MEINCKE (eds.), op. cit., (nota 45) p. 159 ss.

126 Ver *supra* (nota 68).

127 Al respecto Udo WOLTER, Das Prinzip der *Naturalrestitution nach* § 249 BGB, 1985; Nils JANSEN, en: ZIMMERMANN/RÜCKERT/SCHMOECKEL (eds.), HKK zum BGB, Tomo II, §§ 249-253, 255 n. 17 ss.

128 Ver COING, op. cit., (nota 85) p. 27 ss. y 352 ss.; también por ejemplo Michael MITTERAUER, *Warum Europa? Mittelalterliche Grundlagen eines Sonderwegs*, 2003, p. 109 ss.

129 Sobre el particular ver sobre todo James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991; *idem, Foundations of Private Law*, 2006.

130 Sobre la así llamada *lex mercatoria* (en inglés: *law merchant*) ver COING op. cit., (nota 95) p. 519 ss.; BERMAN, *Law and Revolution* I (nota 14) p. 348 ss.; Albrecht CORDES, "*Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der Lex mercatoria*", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 118 (2001), p. 168 ss.; Karl Otto SCHERNER, "*'Lex mercatoria' – Realität, Geschichtsbild oder Vision?*", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 118 (2001), p. 148 ss.; *idem*, "*Goldschmidts Universum*" *en: "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert"*, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 859 ss.; así como el artículo en: Vito PIERGIOVANNI (ed.), *From lex mercatoria to commercial law*, 2005; cfr. también (para Inglaterra) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993), p. 29 ss.

acuerdo con la literatura jurídica moderna temprana, había incluso una presunción en favor de la aplicación del derecho común (*fundata intentio*)[131], que pese a ello tampoco reflejaba una realidad jurídica que se transformaba con el pasar del tiempo, además de ser variable dependiendo tanto del territorio como del campo del derecho. Incluso la práctica jurídica en el sacro imperio romano germánico, el ámbito central de la recepción, se caracterizaba por un "pluralismo jurídico a duras penas imaginable"[132]. Pero se trataba de una diversidad enmarcada en una unidad intelectual producto de la formación académica que, en toda Europa, tenía como base el conjunto de fuentes romanas. Este efecto unificador se haría nuevamente evidente en la Alemania del siglo XIX, en la que el derecho común gozaba de vigencia solamente en algunas partes del territorio, rigiendo para el resto una cantidad de regímenes jurídicos particulares, entre ellos el Código Prusiano de 1794, el *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) austríaco, el *Code civil* Francés, el *Landrecht* de Baden (el cual en esencia consistía en una traducción del *Code civil*), el *Landrecht* de Bavaria y posteriormente el BGB sajón[133]. Pero fue el derecho común el que brindó las bases para la comprensión de todos los ordenamientos particulares vigentes en Alemania[134], y el que por lo demás, tuvo un rol fundamental en la formación de los juristas. Tales ordenamientos eran valorados, interpretados y aplicados con base en el derecho común y con él comparados permanentemente[135]. De este modo, la rama pandectista de la Escuela Histórica creó (o mejor, preservó) una uniformidad de la cultura jurídica obtenida gracias a la ciencia jurídica, que hizo posible una gran movilidad, tanto de profesores como de estudiantes, de Königsberg a Estrasburgo, de Giessen a Viena, o de Heidelberg a Leipzig[136].

131 Wolfgang WIEGAND, "*Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel 'habere fundatam intentionem'*", en: *Festschrift für* Hermann Krause, 1975, p.126 ss..; COING, op. cit., (nota 85) 132 ss.; Klaus LUIG, "*Usus modernus*", en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Tomo V, 1998, col. 628 ss. Aparte de ello, las fuentes jurídicas divergentes del derecho común se interpretaban en el sentido a él más cercano: «*statuta sunt stricte interpretanda, ut quam minus laedent ius commune*»; al respecto ver Winfried TRUSEN, "*Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*" en: *Festschrift für Heinrich Lange*, 1970, p. 108 ss.; Hermann LANGE, "*Ius Commune* und Statutarrecht in Christoph Besolds *Consilia Tubigensia*", en: Festschrift für Max Kaser, 1976, p. 646 ss.; Reinhard ZIMMERMANN, "*Statuta sunt stricte interpretanda, Statutes and the Common Law: A Continental Perspective*", *Cambridge Law Journal* 56 (1997), p. 315 ss.

132 En este sentido la conclusión de Peter OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, 2002, p. 681.

133 Ver por ejemplo "*Anlage zur Denkschrift* zum BGB", en Benno MUGDAN (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1899, Vol. 1, p. 844 ss., así como la nueva edición (1996) de *Diethelm Klippel del Allgemeine Deutsche Rechts- und Gerichtskarte* (1896).

134 Así, aparte de haber sido directamente aplicable en algunas partes de Alemania, proveyó también la teoría fundamental del derecho privado donde quiera que se hubiera promulgado una codificación; ver KOSCHAKER, op. cit., (nota 18) p. 292.

135 Referencias más amplias en ZIMMERMANN, Roman Law, op. cit., (nota 34) p. 2 ss.

136 Emil FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, 1896, p. 7 ss.

IX. DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

Se dijo anteriormente que la tensión entre diversidad y unidad es característica de la cultura europea[137], y como ya debe resultar evidente, es también bastante significativa para la tradición jurídica europea[138], moldeada por el *ius commune* a su vez basado fundamentalmente en el derecho romano. Si se indaga sobre otras peculiaridades de la tradición jurídica europea en comparación con otras tradiciones jurídicas del mundo (ctónica, talmúdica, islámica, hinduista y de Asia oriental)[139] se evidencia en cada caso la influencia del derecho romano. Una de ellas es el hecho de constar por escrito[140]. Que el derecho romano estuviera consignado en textos fue precisamente uno de los motivos para que alcanzara tal grado de influencia en la Europa medieval: valía como *ratio scripta*. Muestra de ello es no solamente el proceso de recepción sino también, desde finales del siglo XII, los esfuerzos para sentar por escrito el derecho consuetudinario en Europa (*Glanvill* y *Bracton* en Inglaterra, las *coutumes* en Francia, los *fueros* en España, *Sachsenspiegel* y *Schwabenspiegel* en Alemania) impulsados por los derechos cultos[141].

Pero aparte de ello, el derecho romano rigió durante muchos siglos como *ratio scripta*: como modelo de un derecho racional, esto es, conforme a la razón humana; era así al mismo tiempo expresión y fundamento de una pretensión de racionalidad del derecho, de su carácter científico, de coherencia intelectual, de sistema[142]. Al mismo tiempo, sin embargo, la peculiar naturaleza de las fuentes romanas impedía la configuración de un sistema rígido e inflexible. Más aún, es propia del derecho europeo una capacidad particular de desarrollo. En palabras de Harold Berman: «*The concept of a [...] system of law depended for its vitality on the belief in the ongoing character of law, its capacity for growth over generations and centuries –a belief wich is uniquely Western. The body of law only survives because it contains a built-in mechanism for organic change*»[143].

137 Ver *supra* I.

138 En igual sentido BERMAN, *Law and Revolution* I, op. cit., (nota 14) p. 10; MOHNHAUPT, op. cit., (nota 25) p. 657 ss.

139 Ver la división hecha por Patrick GLENN, Legal Traditions of the World, 2.ed., 2004. Ninguna de las características mencionadas a continuación puede ser encontrada exclusivamente en la tradición jurídica europea, pero solamente en ella se encuentran todas ellas reunidas.

140 Por el contrario, la tradición ctónica se caracteriza por su oralidad. Ver GLENN, op. cit., (nota 1) p. 61 ss.

141 Sten GANGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, p. 288 ss.

142 GLENN op. cit., (nota 1) p. 143 ss.; *COING, Historische Zeitschrift* 238 (1984), p. 7 ss.; Franz WIEACKER, *"Foundations of European Legal Culture"*, *American Journal of Comparative* Law 38 (1990), p. 25 ss.; HÄBERLE op. cit., (nota 4) p. 22 ss. El derecho ctónico por el contrario no se encuentra estructurado: GLENN, op. cit., (nota 1) p. 78 ss.; la racionalidad de la tradición talmúdica no es de naturaleza sistemática: GLENN, op. cit., (nota 1) p. 106 ss.; lo mismo para el derecho islámico, GLENN, op. cit., (nota 1) p. 190 ss.

143 BERMAN, *Law and Revolution* I, op. cit. (nota 14) p. 9; GLENN, ibid, p. 146 ss.; MUSCHG, op. cit., (nota 4) p. 37 ("línea de tiempo"). Esto es diferente particularmente en las tradiciones ctónica y de Asia oriental, que no tienen un concepto lineal de la historia y por ello no comparten la idea europea de progreso y desarrollo; ver GLENN, ibid., p. 74 ss. y 322 ss.

El derecho europeo está sujeto a una transformación constante; puede reaccionar ante las exigencias y circunstancias que se van presentando y siempre ha demostrado una asombrosa capacidad de integración. El derecho romano medieval había dejado de ser el derecho romano antiguo, así como el *usus modernus pandectarum* no equivalía al *usus medii aevi* y la doctrina de pandectas no correspondía al *usus modernus*. Para decirlo en las conocidas palabras de Rudolf von Jhering, el desarrollo fue "más allá del derecho romano a través del derecho romano mismo"[144].

El derecho romano, en la antigüedad, de mero saber jurídico fue desarrollándose hasta convertirse en ciencia[145]; y en el medioevo se transformó en una disciplina académica: el derecho culto, el derecho como objeto de estudio en las universidades. De allí otra peculiaridad del derecho europeo estrechamente ligada a la anterior y que como ella, tiene su origen en el derecho romano. La jurisprudencia es una profesión que se enseña y la aplicación y el desarrollo del derecho es tarea de quienes se dedican a su estudio, los juristas[146]. A ello se debe que la jurisprudencia sea en la tradición europea una disciplina independiente y por ello, que el derecho sea concebido en principio como un sistema normativo independiente de otros ordenamientos y formas de control que tienen como fin regular la conducta humana y la sociedad, particularmente la religión[147]. Ello corresponde a la separación romana entre derecho y no derecho[148].

El predominio del derecho privado en la tradición del *ius commune* es también una herencia del derecho romano, así como su énfasis en un derecho de contratos diferenciado de forma precisa[149]. Y por último, el derecho en Europa tiene como pilares ciertos valores que reposan en la centralidad de la persona como sujeto y punto de

Sobre las tradiciones talmúdica, islámica e hinduista (que también se diferencian de la europea en este sentido) ver GLENN, ibid., p. 110 ss., 193 ss. y 287 ss.

144 Rudolf VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 6.ed., Primera Parte, 1907, p. 14.

145 Ver SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2.ed., 1954.

146 Ver KOSCHAKER, op. cit., (nota 18) p. 164 ss. Sobre la tradición islámica ver al respecto GLENN, op. cit., (nota 1) p. 176 ss.

147 COING, *Historische Zeitschrift* 238 (1984), p. 6 ss.; WIEACKER, *American Journal of Comparative Law* 38 (1990), p. 23 ss. Esto es diferente en la tradición ctónica ("*Cthonic law* is [...] *inextricably interwoven with all the beliefs of chthonic people and is inevitably, and profoundly, infused with all those other beliefs*"), talmúdica ("*The jewish tradition is a normative or legal tradition in much the same measure as it is a religious tradition. The two have become fused in the idea that the divine will express itself best in legal norms, which have sanctions, leaving relatively little outside the reach of the law, or halakhah*"), islámica ("[*Islamic law*] *has been described as a 'composite science of law and morality', and this must be understood not as a joint administration of the two separate concepts but as a fusion, or composition, of (almost all of) both*"), e hinduista ("*You may wish to talk about law and morals, but the reason it is law is because of the (religious) morals, which infuse all types of obligation*"). Ver GLENN, op. cit., (nota 1) p. 69, p. 102 ss. y 186, 282. Sobre derecho comparado y religión en general, ver el reciente estudio de BERMAN, "*Comparative Law and Religion*", en REIMAN/ZIMMERMANN, op. cit., (nota 22) p. 739 ss.

148 Ver *supra* (nota 96).

149 COING, op. cit., (nota 18) p. 8 ss; MOHNHAUPT, op. cit., (nota 25) p. 662. COING en este contexto subraya la diferencia con otras culturas jurídicas.

referencia intelectual del derecho[150], idea que se acentuó particularmente con la concepción de la dignidad atribuida al hombre por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, pero que era ya inherente al principio de libertad del derecho romano. Podría decirse por consiguiente que gracias a la revelación cristiana se realzó la sabiduría de la antigüedad y se condujo a su destinación verdadera[151]. En modo semejante armonizan *aequitas canonica* y *fides* romana[152].

X. ¿CUÁN EUROPEA ES LA TRADICIÓN JURÍDICA 'EUROPEA'?

El derecho moderno europeo aún se debate entre la unidad y la diversidad. Por ejemplo, los ordenamientos jurídicos continentales europeos se clasifican a menudo como pertenecientes a la familia jurídica romana o a la familia jurídica germana[153]; fuera de ellos hay una serie de ordenamientos jurídicos que se encuentran en medio de ambas familias jurídicas, entre otros el italiano y el holandés. Pero también los ordenamientos jurídicos de la familia germana presentan en parte diferencias relevantes tanto formal como sustancialmente. Las codificaciones civiles austríaca y alemana surgieron en épocas distintas y responden a diferentes corrientes de pensamiento. Se dice que los rasgos característicos del código civil suizo "están fuertemente influenciados por las condiciones particulares de Suiza y por las tradiciones de su vida jurídica"[154]. Pese a ello, es difícil negar la existencia de un carácter propio de todos los ordenamientos pertenecientes a las familias romana y germana, que al parecer justifica el reunirlos, en algunos puntos fundamentales, en una tradición uniforme[155]. Por ello se ha acuñado en lengua inglesa el término *"civil law"* (o *"civilian tradition"*) que de todas maneras, históricamente está ligado al derecho romano[156].

150 WIEACKER, op. cit., (nota 142) p. 20 ss.; ver también BORGOLTE, op. cit., (nota 6) p. 346 ss. Para GLENN, esto parece ser una característica central de la tradición jurídica europea. Consecuentemente el título del capítulo respectivo es *"A Civil Law Tradition: The Centrality of the Person"*. Sobre las tradiciones ctónica, islámica y del oriente asiático, en las que esto es diferente, ver GLENN, op. cit., (nota 1) p. 70 ss., p. 192 ss. y 319 ss. Se relaciona con la centralidad de la persona como sujeto del derecho el desarrollo de la idea de los derechos subjetivos, que no es para nada obvia. Ver COING, *"Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'"*, en COING, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, 1982, Vol 1, p. 241 ss; *idem*, *Historische Zeitschrift* 238 (1984) p. 8 ss.; *idem*, op. cit., (nota 85) p.172 ss. Ver también GLENN, ibid., p. 140 ss., quien hace el contraste con las otras tradiciones: p. 86 ss. (ctónica); p.108, 109, 119 ss. (talmúdica); p. 192, 193, 209 ss. (islámica); p. 286, 187 (hinduista); y p. 320, 312, 336, 337 (asiática).

151 Cfr. Hechos de los apóstoles 17, 23, así como Romanos 1: 19; ver también lo referido en la nota 11.

152 GORDLEY, *"Good faith in contract law in the medieval ius commune"*, en ZIMMERMANN/WHITTAKER, op. cit., (nota 34) p. 93 ss.

153 ZWEIGERT/KÖTZ, op. cit., (nota 19) p. 62 ss.

154 ZWEIGERT/KÖTZ, ibid., p. 174. Sobre el fenómeno de la recepción jurídica en Suiza ver el reciente escrito de Martin IMMENHAUSER, *"Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz"*, Recht (2006) p. 1 ss.

155 GLENN, op. cit., (nota 1) p. 125 ss.

156 Sobre los diferentes significados de la expresión *"civil law"*, ver ZIMMERMANN, en MILLER/ZIMMERMANN, op. cit., (nota 46) p. 262 y 263. La conexión entre *civil law* y derecho roma-

¿Pero puede hablarse de una tradición europea? La respuesta sería ciertamente afirmativa para los Estados del centro y del este de Europa, que hasta las guerras mundiales del siglo XX pertenecieron al espacio culturalmente influenciado por el derecho romano[157]. En algunos de ellos (particularmente Hungría y Polonia) la enseñanza del derecho romano, también durante la fase del dominio socialista, conservó el vínculo con la tradición común del occidente[158], y desde el fin de la misma se experimenta un proceso de reintegración "gracias a la renovación del derecho civil por manos de la comparación jurídica"[159]. También los juristas de la Rusia zarista del siglo XIX utilizaron la dogmática y el método del derecho romano para superar los desafíos sociales y jurídico-políticos a los cuales no había podido hacer frente el derecho tradicional ruso. Ellos, así como los juristas de muchos otros países europeos, se inspiraron en los desarrollos jurídicos alemanes influenciados por el pensamiento de Savigny y de la Escuela Histórica del derecho[160]. Turquía acogió en 1926 el derecho privado suizo y "[con ello] abandonó definitivamente la familia jurídica islámica del derecho"[161]. También los derechos nórdicos se cuentan en su mayoría dentro de la familia del *civil law* aunque en algunos aspectos tengan un estilo particular[162].

Para muchos la principal objeción para el reconocimiento de una genuina tradición europea la constituye la presencia del *common law* inglés, cuando consideran que se ha desarrollado en un "noble aislamiento" de Europa[163] y que es en esencia diverso[164]. Pero la idea del derecho inglés como conquista autóctonamente inglesa

no es clara en la designación de las cátedras de derecho romano en Oxford y Cambridge como *Regius Chairs in Civil Law*.

157 Una visión general en ZWEIGERT/KÖTZ, op. cit., (nota 19) p.154; Zdenek KÜHN, "*Comparative Law in Central and Eastern Europe*", en REIMANN/ZIMMERMANN, op. cit., (nota 22) p. 215 ss.

158 Leer por ejemplo, las sentidas palabras de Ferenc MÁDL (en aquél entonces Presidente de la República de Hungría) en Jürgen BASEDOW, Ulrich DROBNIG y otros (eds.), Aufbruch nach Europa, 2001, vii.

159 Lajos VÉKÁS, "*Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung*", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 12 (2004), p. 454 ss.

160 Al respecto ver los trabajos de Martin AVENARIUS, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland – Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*, 2004; *idem*, *Das russische Seminar für römisches Recht in Berlin* (1887-1896), *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 6 (1998), p. 893 ss.; *idem*, *Savigny und seine russischen Schüler: Juristischer Wissenschaftstransfer in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, ponencia presentada con ocasión del *Dies Academicus* en la Universidad de Colonia en Mayo de 2004, *russische Fassung in 'Ius Antiquum'* – Drevnee Pravo 15 (2005); *idem*, "*Das pandektistische Rechtsstudium in St. Petersburg in den letzten Jahrzehnten der Zarenherrschaft*", en: Wojciech DAJCZAK, Hans-Georg KNOTHE, *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, 2005, p. 51 ss.

161 Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10.ed., 2005, p. 214, quien subraya que la recepción no fue ni extraordinaria ni sorpresiva en lo absoluto. Pero véase también ZWEIGERT/KÖTZ, op. cit., (nota 19) p. 175 ss.

162 ZWEIGERT/KÖTZ, ibid., p. 271.

163 J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3.ed, 1990, p. 35; en la cuarta edición (2002), fue borrada la palabra "noble".

164 Cfr. por ejemplo Klaus SCHURIG, "*Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?*", en: *Festschrift für Bernhard* Großfeld, 1999, p. 1102 ss.; Eugen BUCHER, "*Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*",

no es más que un mito, porque Inglaterra, en realidad, nunca estuvo incomunicada por completo con la cultura jurídica continental; por el contrario, existió un contacto intelectual continuo que ha marcado en modo determinante al derecho inglés[165]. Ya en sus orígenes, consistía en el derecho feudal normando, consonante con el típico modelo medieval europeo[166]. Durante siglos latín y francés siguieron siendo las lenguas del derecho inglés. La religión católica llevó consigo el derecho canónico[167] y el comercio internacional la *lex mercatoria*. En Oxford y Cambridge, dos de las universidades europeas más antiguas, el derecho romano se estudió siguiendo los parámetros usuales en toda Europa. El pensamiento jurídico romano también llegó a Inglaterra descendiendo desde Escocia, que en su modernidad más temprana fue una provincia remota del *ius commune* que mantenía contactos intelectuales estrechos particularmente con Francia y Holanda[168]. El *common law* inglés se recubrió con otra capa de derecho conocida como *Equity*: un *ius honorarium* influenciado por la idea de justicia común a Europa (*aequitas*). A Inglaterra llegó el movimiento recopilatorio del derecho consuetudinario del alto medioevo, así como en tiempos más recientes el también común fenómeno europeo de los manuales institucionales. Fueron mediadores en los continuos procesos de recepción y adaptación autores como Bracton, Blackstone y Birks y jueces eminentes como Hale, Holt, Mansfield o Blackburn. El derecho moderno de contratos inglés está impregnado con ideas de autores como Domat, Pothier, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui y Thibaut[169].

Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 8 (2000), p. 409 ss.; lo subraya en modo marcado Pierre LEGRAND, *"Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality"* en: R. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ, A.J. DE ROO (eds.), *Transfrontier Mobility of Law*, 1995, p. 63 ss.; *idem, "European Legal Systems are Not Converging"*, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), p. 52 ss. Legrand se refiere a un abismo epistemológico insuperable. Esta tesis es nuevamente exacerbada en modo grotesco en Pierre LEGRAND, *"Antivonbar"*, *Journal of Comparative Law* 1 (2006), p. 13 ss.

165 En lo subsiguiente ver Peter STEIN, op. cit., (nota 121) p. 151 ss; ZIMMERMANN, *"Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law"*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993) p. 4 ss. También de interés en este contexto es la cuestión sobre la "relación íntima" entre el derecho romano (clásico) y el derecho inglés; ver Fritz PRINGSHEIM, *"The Inner Relationship between English and Roman Law"*, Cambridge Law Journal 5 (1935) p. 347 ss.; STEIN, *"Roman Law, Common Law*, and Civil Law", Tulane Law Review 66 (1992), p. 1591 ss.; *idem, "Logic and Experience in Roman and Common Law"*, en: op. cit., (nota 121) p. 37 ss.

166 R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, 2.ed., 1988.

167 Richard H. HELMHOLZ, *Canon Law and the Law of England*, 1987; *idem, Roman Canon Law in Reformation England*, 1990; Javier MARTINEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*, 1998.

168 Sobre la *civilian tradition* en Escocia véanse las contribuciones en *Robin* EVANS-JONES (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, 1995; David L. CAREY MILLER, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, y Kenneth REID, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, Tomo 2, 2000.

169 Al respecto véase sobre todo A.W.B. SIMPSON, *"Innovation in Nineteenth Century Contract Law"*, *Law Quarterly Review* 91 (1975), p. 247 ss.; GORDLEY, *Philosophical Origins* op. cit., (nota 129) p. 134 ss.; en general ver también David IBBETSON, A *Historical Introduction to the Law*

Obviamente en muchos casos el impulso inspirado en el derecho romano condujo a resultados no romanos en lo absoluto; pero lo mismo sucedió en el derecho continental. "*The real question in this case*", se dice por ejemplo en el más conocido de los casos relativos a la coronación del rey Eduardo VII, "*is the extent of the application in English law of a principle of the Roman law wich has been adopted and acted on in many English decisions*" [170]. El principio referido es la regla de derecho común "*debitor speciei liberatur casuali interitu rei*": el deudor se libera de su obligación por la pérdida fortuita del objeto de su prestación[171]. Los tribunales ingleses habían empezado a interpretar el acuerdo de las partes de conformidad con esta regla desde mediados del siglo XIX[172], echando mano de una construcción dogmática proveniente asímismo del derecho romano: la inserción de una condición resolutoria (tácita)[173]. Se sentaban así las bases para la "*doctrine of frustration of contract*", que corresponde funcionalmente a la doctrina continental del *ius commune* de la *clausula rebus sic stantibus*, desconocida para el derecho romano, aunque elaborada a partir de sus construcciones[174]. Por doquier pueden encontrarse "instituciones jurídicas, procedimientos, valores, conceptos y reglas que el derecho inglés comparte con otros sistemas jurídicos occidentales"[175], siendo algo difícilmente puro; incluso "la declaración más importante del derecho consuetudinario y principio constitucional inglés", la Carta Magna, fue en buena parte moldeada por influencias provenientes del *ius commune*[176].

Quien no se aferre a determinadas soluciones que ofrecen las fuentes del derecho romano, sino que tenga siempre presente la flexibilidad inmanente a la tradición que sobre él se funda, así como su capacidad de desarrollo continuo y de asimilación productiva, tendrá menos dificultades para considerar también el *common*

of Obligations, 1999, quien abre su obra diciendo que el derecho de obligaciones inglés surgió de una mezcolanza de ideas autóctonas y refinadas doctrinas romanas.

170 Krell v. Henry [1903] 2 KB 740 (CA) p. 747 y 748.

171 Al respecto Hermann DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, 1960, p. 185 ss.

172 Taylor v. CALDWELL, (1863) 3 B & S 826; también Max RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, 1932, p. 173 ss.; G.H. TREITEL, *Unmöglichkeit, ‚Impracticability' and ‚Frustration' im anglo-amerikanischen* Recht, 1991; Martin SCHMIDT-KESSEL, *Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: Limits of Frustration*, 2003, p. 45 ss.

173 Un examen detallado en ZIMMERMANN, "'*Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...': Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*" *Archiv für civilistische Praxis* 193 (1993) p. 121 ss. Sobre *implied terms* en el derecho moderno inglés ver SCHMIDT-KESSEL, "*Implied Term — auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent*" *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 96 (1997) p. 101 ss.; Wolfgang GROBECKER, *Implied Terms* und *Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive* (1999).

174 Véase ZIMMERMANN, ibid., p.134 ss.

175 BERMAN, op.cit., (nota14) p. 18. Una evaluación sobre la tradición jurídica occidental en la visión de BERMAN en HELMHOLZ, "*Harold Berman's Accomplishment as a Legal Historian*" *Emory* LJ 42 (1993) p. 475 ss.

176 HELMHOLZ, "*Magna Carta and the* ius commune" University of *Chicago Law Review* 66 (1999) p. 297 ss. (cita tomada de la p. 371).

law inglés como manifestación de la tradición jurídica europea[177]. Naturalmente el *common law* inglés desarrolló con el paso del tiempo una serie de peculiaridades, pero también es cierto que hoy día las particularidades se atenúan progresivamente a lado y lado del Canal de la Mancha. Basil Markesinis habla de una convergencia gradual[178], James Gordley de una distinción superada (entre *civil* y *common law*)[179], lo que puede predicarse tanto del derecho material como de los supuestos institucionales y metodológicos[180]. Finalmente, si se tiene en cuenta la irradiación mundial del derecho europeo[181], entonces sigue vigente lo que Rudolf von Jhering formulara en la introducción de su Espíritu del Derecho Romano: "el significado de Roma para la historia mundial, y su misión, consiste en pocas palabras en la superación del principio de la nacionalidad merced a una idea de universalidad. [...] El significado del derecho romano para el mundo moderno no radica en la vigencia de la que temporáneamente gozó como fuente del derecho, sino en la revolución interior que trajo consigo y que cambió por completo nuestro pensamiento jurídico. El derecho romano devino, como el cristianismo, en un elemento cultural del mundo moderno"[182].

177 Véase en particular, BERMAN, op. cit., (nota 14), quien se refiere a una "*Western legal tradition*". GLENN, op. cit., (nota 1) p. 166 ss., también sugiere que "*we start thinking about the common law and the civil law as representing some of the same ideas, compared with other traditions. We can then talk about a universalizing western law*." Ver también los estudios en HELMHOLZ, *The ius commune in England: Four Studies*, 2001.

178 *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century* (1994). Recientemente VAN CAENEGEM, "*The Unification of European Law: a pipedream?*", *European Review* 14 (2006) p. 33 ss.

179 GORDLEY, "Common law *und civil law: eine überholte Unterscheidung*", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993) p. 498 ss.

180 Stefan VOGENAUER en su amplio estudio, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, Vol. I y II, llega a la conclusión de que el derecho inglés puede ser descrito no solo como una provincia del *ius commune* históricamente hablando, sino que actualmente también puede observarse una uniformidad fundamental en lo referente a la interpretación de la ley por parte de los tribunales. Sobre el *stare decisis*, ver VOGENAUER, ibid., p. 1293, 1294, e *idem*, "*Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England*", *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 28 (2006) p. 48. Sobre el rol de la doctrina véase Robert GOFF, *The Search for Principle*, reeditado en William SWADLING, Gareth JONES (eds.), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, 1999, p. 313 ss. Sobre la problemática atinente al "legal style" en la jurisrpudencia inglesa ver Jonathan E. LEVITSKY, "*The Europeanization of the British Legal Style*", *American Journal of Comparative Law* 42 (1994) p. 347 ss.

181 Sobre la cuestión en los Estados Unidos ver por ejemplo Mathias REIMANN, *Historische Schule und Common Law*, 1993; Michael HOEFLICH, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, 1997. Sobre Latinoamérica véase Eugen BUCHER, "*Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 12 (2004) p. 515 ss. Sobre Sudáfrica, Reinhard ZIMMERMANN, Daniel VISSER (eds), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996. Sobre Ásia oriental ver Zentaro KITAGAWA, "*The Development of Comparative Law in East Asia*", en REIMANN/ZIMMERMANN op. cit., (nota 22) p. 237 ss.

182 JHERING, op. cit., (nota 144) p. 1 ss.